

ANNOTATIE

## **Noot onder HR 17 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3325 en HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3365.**

***mr. dr. P.A.M. Mevis***

*Annotatie bij Hoge Raad, 17-11-2015, ECLI:NL:HR:2015:3325 (SR-2015-0516)*

1. Voor de toepassing van artikel 184 Sr weten we (voorlopig) zeker dat de algemene taakstelling van de politie in (thans) artikel 3 PolW geen basis kan zijn voor een 'krachtens wettelijk voorschrift gegeven bevel of vordering' in de zin van artikel 184 lid 1 eerste tekstdeel Sr: HR 29 januari 2008, *NJ* 2008/206. Die bepaling houdt immers niet uitdrukkelijk in dat de betrokken ambtenaar gerechtigd is een bevel te geven of vordering te doen. Dat geldt ook voor andere wettelijke bepalingen, zoals de bevoegdheidsbepaling van artikel 53 Sv die in het arrest van 24 november aan de orde is of het bevel een motorvoertuig te doen stilstaan als bedoeld in artikel 160 lid 1 WvW: zie HR 3 februari 2015, *NJ* 2015/172 m.nt. Borgers onder *NJ* 2015/173. Het is bepaald aangewezen dat we in Nederland een dergelijk eis aan de grondslag van een overheidsbevel stellen, alvorens een burger vervolgd en gestraft kan worden wegens het niet opvolgen (een nalaten) van zo'n bevel. In een rechtsstaat is het overheidsgezag niet vanzelfsprekend. Juist als het gaat om het op straffe van vervolging 'aanpakken' van de burger die zich tegenover de overheid verzet, is van belang dat de legitimiteit van de overheid, zeker van een bevelsbevoegdheid, op een uitdrukkelijke en concrete wetsbepaling is gebaseerd en dat de strafrechter in het kader van zodanige strafvervolging de rechtmatigheid van overheidsoptreden bewezen heeft te verklaren. In geval van strafvervolging ter zake van artikel 184 lid 1 eerste deel Sr benadrukt de Hoge Raad in bovenstaand arrest van 17 november 2015, r.o. 2.7 andermaal dat zulks impliceert dat de strafrechter zich (desnoods ambtshalve) tot in detail heeft te verdiepen in de bevoegdheidsverdelingen in – bijvoorbeeld – de Gemeentewet om bewezen te kunnen achten dat van een bevel of vordering 'krachtens

wettelijk voorschrift gedaan' sprake is, hoezeer in bestuursrechtelijke kring over de verregaande toets door de strafrechter ook wel eens de wenkbrauwen worden gefronst. Zie nader hierna onder 7. Ter zake van de reikwijdte van deze noodzakelijke toets door de strafrechter zijn de beide bovenstaande arresten van de Hoge Raad relevant. Daarin worden lijnen van eerdere jurisprudentie voortgezet respectievelijk bestendigd. Het blijft erg taaie kost.

2. Juist met het oog op de eisen die moeten worden gesteld en aan het daarmee verbonden punt van de toets door de strafrechter is het eigenlijk ietwat verwarrend dat in artikel 184 lid 1 Sr in feite twee, nogal verschillende delictomschrijvingen zijn opgenomen: het niet voldoen aan een bevel of vordering en het feitelijk, actief gedrag van het belemmeren van handelingen ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift. De verschillen tussen beide onderdelen zijn groter dan de samenplaatsing in het eerste lid van deze strafbepaling doet vermoeden. Anders dan voor een bevelsbevoegdheid waarvoor een specifieke basis nodig is, is voor de legitimizeitsbasis van feitelijk handelen als in het tweede tekstdeel van het eerste lid bedoeld immers juist wel genoeg dat sprake is van handelen dat past in de uitoefening van de bij wet opgedragen algemene taak of bijzondere bevoegdheid, dat – voor wat betreft de algemene taakstelling – niet in strijd is met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en dat niet een zodanig ernstige inbreuk op grondrechten en vrijheden maakt dat daarom (of om enige andere specifieke reden) een aparte bevoegdheidsvoorziening in de wet noodzakelijk is.

3. In bovenstaand arrest van 24 november 2015 is dat onderscheid tussen de beide tekstdelen van artikel 184 lid 1 Sr goed te herkennen (zie in vergelijkbare zin het reeds genoemde arrest van 29 januari 2008, *NJ* 2008/206). Van alle personen die zich bevonden in een demonstratie is gevorderd dat zij alle gezichtsbedekking en andere voorwerpen die verboden zijn, zouden afdoen of verwijderen. Wat men vindt van de inhoudelijke reikwijdte van zo'n bevel, verdachte wordt vervolgd omdat hij de aanhouding op grond van artikel 53 Sv van een onbekend persoon, op heterdaad betrapt als verdachte van het niet opvolgen van genoemd bevel, zou hebben belemmerd in de zin van artikel 184 lid 1 tweede tekstdeel Sr. In zoverre is voor deze verdachte in eerste instantie daarmee inderdaad op zichzelf geen toets van een bevel door de strafrechter nodig want hem is geen bevel gegeven. De A-G redeneert vervolgens door naar de vraag of het bevel wel had mogen worden gegeven aan de onbekende verdachte omdat daarvan immers de (on)rechtmatigheid van diens aanhouding afhangt. Maar de Hoge Raad wil daar niet aan en houdt reeds halt bij het oordeel dat de rechtmatigheid van het bevel niet ter beoordeling staat nu aan de verdachte het tweede deel van het eerste lid van artikel 184 Sr ten laste is gelegd. Het is opvallend dat de Hoge Raad daaraan voorbijgaat. Terwijl toch in casu de aanhouding alleen rechtmatig is (en dus alleen dan de (rechtmatige) uitvoering van een wettelijk voorschrift is in de zin van artikel 184 lid 1 tweede deel Sr) als er

een verdachte is aangehouden (artikel 53 Sv). En een verdachte is iemand ten aanzien van wie het redelijk vermoeden van een strafbaar feit bestaat en dat was in casu de overtreding van een bevel hetgeen alleen maar strafbaar is als dat een krachtens wettelijk voorschrift gegeven en ook overigens rechtmatig bevel is. Bij de toepassing van artikel 184 lid 1 Sr treedt af en toe inderdaad dit 'Droste cacao'-effect op. Meent hij dat de verdachte zich niet op gebreken in het niet jegens hem gegeven bevel kan beroepen? Of dat hem bij zijn verzet tegen de aanhouding geen oordeel over de rechtmatigheid daarvan toekomt c.q. dat in elk geval in casu de strafrechter de rechtmatigheid van het bevel niet hoeft te bewijzen nu die rechtmatigheid geen bestanddeel van artikel 184 lid 1 tweede tekstdeel Sr is? Daar kan men zich enerzijds iets bij voorstellen omdat anders omstanders zich voortdurend met de rechtmatigheid van de aanhouding van een verdachte zouden kunnen bemoeien. Maar toch; hoe is dan de situatie rechtens bij een volstrekt disproportionele aanhouding? Moet de verdachte zich dan op noodweer (kunnen) beroepen alvorens vrijuit te gaan? En wat is de relatie met de wederspanning van artikel 180 Sr? Bij dat misdrijf, dat in casu wellicht ook aan de orde had kunnen zijn, is de rechtmatigheid van de bediening wel een uitdrukkelijk te bewijzen bestanddeel. Valt de toets daarvan dan in voorkomende gevallen ook beperkt uit? Het zou vreemd zijn als er op dit punt verschil tussen beide bepalingen zou bestaan. Kortom, mij spreekt het – kennelijk met de A-G – minder aan dat de rechtmatigheid van het overheidsoptreden niet ter discussie kan worden gesteld c.q. aan rechterlijke controle is onttrokken in geval van strafvervolgning terwijl de legitimiteit van de strafvervolgning en de berechting daar wel van afhangt. Dat geldt zeker in een geval als in bovenstaande strafzaak aan de orde waar de uiteindelijke basis van optreden een bevel is. Ook als zulks het geval is op de indirecte wijze als in bovenstaande strafzaak.

4. Als het strafrechtelijk verwijt is gebaseerd op artikel 184 lid 1 eerste tekstdeel Sr inzake het niet opvolgen van een krachtens wettelijk voorschrift gegeven bevel of vordering zoals in bovenstaand arrest van 17 november, dan kan de strafrechter gedwongen zijn te treden in de complexe, en lang niet altijd heldere verhoudingen tussen met name de gemeenteraad en de burgemeester krachtens de Gemeentewet. Beide hebben daarin hun eigen taak en bevoegdheid die in het kader van de openbareordehandhaving ook deels overlapt. De burgemeester kan onder andere op grond van de in casu aan de orde zijnde bevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemeentewet bevelen geven. Het probleem daarbij is dat die bevoegdheid ertoe strekt dat de burgemeester bevelen aan de burger kan geven, maar zich voor de uitvoering daarvan bedient van ambtenaren van politie die in hun optreden voor wat betreft de handhaving van de openbare orde onder het gezag van die burgemeester zijn gesteld. De politie heeft als gezegd geen eigen bevelsbevoegdheid op grond van artikel 3 PolW jo. artikel 184 Sr. Hoe komen we dan bij de bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemeentewet bij artikel 184 lid 1 eerste tekstdeel Sr uit?

5. Ter zake van de constructie van de bevelsbevoegdheid die de Hoge Raad in bovenstaand arrest van 17 november hanteert, merkt Borgers in zijn noot onder *NJ* 2015/173 op dat die constructie uit HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1742 'uit de toon valt' omdat dit niet goed te plaatsen is bij 'de legaliteitsgedachte die ten grondslag lijkt te liggen aan de rechtspraak omtrent artikel 184 Sr'. De Hoge Raad herhaalt de constructie echter uitdrukkelijk: hij weerlegt (eerst) het daarop betrekking hebbende cassatiemiddel alvorens het tweede middel te bespreken, dat hij gegrond acht. Daarmee wordt de gekozen constructie niet alleen bevestigd als een optie die volgens ons hoogste rechtscollege wel degelijk steun vindt in het recht. Maar daarmee ligt meteen ook weer de vraag op tafel ligt hoe deze, wellicht enigszins ten behoeve van artikel 184 Sr overeind gehouden constructie, moet worden begrepen en gewaardeerd in het licht van de verhoudingen tussen (in dit geval) de burgemeester, de gemeenteraad (APV) en de politie in de gemeente. Iedere jurist zal immers de wenkbrauwen optrekken als hij leest dat een rechter meent dat een bevel 'is aan te merken als een wettelijk voorschrift in materiële zin'. Daarvoor is een zuiver wetsbegrip een te fundamenteel uitgangspunt van inrichting van verhoudingen in het Nederlandse publiekrecht. Over dat begrip moet geen onduidelijkheid bestaan in de zin dat de rechter er te gemakkelijk andere vormen 'de facto' onder kan brengen. Bovendien hebben twee duo's van juristen, Brouwer en Schilder respectievelijk Nan en Rogier beargumenteerd dat in de constructie van de Hoge Raad dat wat in feite een verordenende en op basis daarvan besluitvormende bevoegdheid van de burgemeester is, door de Hoge Raad wordt getransformeerd tot een door artikel 184 lid 1 Sr gedekte bevelsbevoegdheid van de burgemeester op grond van artikel 172 lid 3 Gemeentewet. Zie de bijdragen in *NJB* 2014/1725 resp. 2159, welke bijdragen de A-G in haar conclusie voor bovenstaand arrest van 17 november 2015 mogelijk aanleiding hadden gegeven te concluderen tot gegrondheid van het cassatiemiddel.

6. Een noot onder een arrest is niet de aangewezen plaats om een en ander volledig uit te diepen, zeker niet na de aangehaalde beschouwingen en die van Borgers in de genoemde noot. Maar toch is de opvatting van de Hoge Raad minder raar dan op het eerste gezicht lijkt. De strafrechter lijkt voor artikel 184 lid 1 eerste tekstdeel Sr op het aannemen van een dergelijke mandaatsconstructie binnen de verhoudingen in de gemeente min of meer aangewezen omdat de burgemeester wel ordehandhavende bevoegdheden heeft, inclusief het geven van bevelen aan burgers, maar dat zelden zelf op straat doet. De politie treedt wel daadwerkelijk op straat op, heeft echter geen eigen bevelsbevoegdheid die onder artikel 184 lid 1 Sr valt, maar moet wel de bevelen van de burgemeester als het ware 'overbrengen' aan burgers. Willen die bevelen van de burgemeester door de strafbedreiging van artikel 184 lid 1 Sr kracht kunnen worden bijgezet, dan hebben we daar een juridische constructie voor nodig waarin de politie de bevelen van de burgemeester (door)geeft en het niet opvolgen van wat de politieambtenaar op straat aan de burger beveelt, kan leiden tot strafvervolgning van die burger wegens het niet

opvolgen van het bevel van de burgemeester. De Hoge Raad stelt daarbij wel opnieuw strikte grenzen aan de omvang van de mandaatsbevoegdheid; zie r.o. 2.5 in het arrest van 17 november 2015, een herhaling van genoemd arrest van 10 december 2013, *NJ* 2015/170. Alleen binnen dergelijke grenzen is de constructie voor hem acceptabel, waarschijnlijk omdat er anders voor de politie gemakkelijk te veel vrije ruimte over blijft om het bevel nader in te vullen, terwijl de politie geen eigen bevelsbevoegdheid heeft.

7. De Hoge Raad hecht er kennelijk aan om in het kader van het tweede cassatiemiddel de verwerping door het hof van het verweer dat geen sprake is van een rechtmatig bevel bij de wortel aan te pakken. Los van de door de A-G in dit verband opgeworpen kwesties, maakt het Hoge Raad terecht korte metten met de door het hof daarbij ingeroepen formele rechtskracht. Als de strafrechter de formele rechtskracht van de verblijfsontzegging moet respecteren ook als en omdat de burger daartegen geen administratieve rechtsmiddelen heeft ingesteld, zou dat impliceren dat er geen enkele rechter naar de rechtmatigheid van die verblijfsontzegging kijkt, welke wel grondslag is voor veroordeling wegens artikel 184 Sr! Het hof zit er flink naast; alleen een door de hoogste bestuursrechter in een fatsoenlijke procedure genomen onherroepelijke beslissing van onverbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift dient door de strafrechter – en dan nog slechts in beginsel – te worden gerespecteerd: zie HR 11 oktober 2005, *NJ* 2008/207, r.o. 3.6.2 met verwijzing naar HR 26 november 2002, *NJ* 2003/81, r.o. 3.5; zie ook onderdeel 6 van de noot onder eerstgenoemd arrest.

8. Maar het is niet alleen het gerechtshof dat de toepassing van bevelsbevoegdheden door de politie onnodig compliceert. De Hoge Raad houdt immers naast de constructie van strafbaarheid op basis van artikel 184 Sr nog een tweede weg open. Dat is de mogelijkheid dat in de APV apart als overtreding strafbaar wordt gesteld het niet opvolgen van een bevel van een ambtenaar van politie (verwijderbevel), ook al ontbreekt in de APV een uitdrukkelijke bevelsbevoegdheid die de Hoge Raad voor artikel 184 Sr nu juist terecht wel uitdrukkelijk eist. Zie voor deze constructie HR 16 december 2014, *NJ* 2015/171 m.nt. Borgers onder *NJ* 2015/173 en de noot van ondergetekende onder HR 24 januari 2012, *NJ* 2013/49. Het overeind houden van die constructie is niet alleen des te merkwaardiger na de bevestiging van de mandaatsconstructie in bovenstaand arrest van 17 november 2015. De argumentatie klopt ook niet. In het arrest van 16 december 2014 overweegt de Hoge Raad dat in de benadering dat het niet opvolgen van een bevel slechts via artikel 184 Sr zou lopen, de gemeenteraad ‘in feite’ de bevoegdheid zou hebben misdrijven te creëren. Dat is echter niet zo. De wetgever wilde met artikel 184 lid 1 Sr in de eerste plaats de wildgroei in bevelsbevoegdheden tegen gaan (‘en maakt ook voor het vervolg dergelijke wettelijke bepalingen onmogelijk’; Smidt II (1881), p. 174). Dat geldt uitdrukkelijk ook voor verordeningen van lagere wetgevers (‘Wegens de plaatselijke verordeningen is (voor de reikwijdte van artikel 184 PM) de algemeene

uitdrukking 'krachtens wettelijk voorschrift' gekozen': Smidt II (1881), p. 177; zie nader Mevis en Verbeek, *DD* 2010/33. Met andere woorden: de formele wetgever (niet de gemeente) schiep met het oog op rechtseenheid het misdrijf van artikel 184 Sr en dus de strafrechtelijke rechtshandhaving en wel exclusief (ook in de zin van artikel 122 Gemeentewet), inclusief de kwalificatie als misdrijf. In dat artikel liet de wetgever de ruimte om bij lager voorschrift dan de parlementaire wet de bevelsbevoegdheid te creëren waarop dan de door de wetgever geschapen strafrechtelijke rechtshandhaving van artikel 184 Sr van toepassing zou zijn. Het creëren van een zelfs autonome bevelsbevoegdheid is daarmee niet het creëren van een misdrijf; die redenering volgen we bij artikel 172 van de Gemeentewet ook niet. De exclusiviteit van artikel 184 Sr kan nog nader worden geïllustreerd aan de hand van artikel 443 Sr, de strafbaarstelling van overtreding van algemene voorschriften van politie. Die strafbepaling maakte de wetgever tot overtreding, juist omdat hij uitdrukkelijk daarnaast wel ruimte wilde laten voor strafbaarstelling in gemeentelijke APV-bepalingen en andere lagere regelgeving; zie Smidt (1881), III, p. 241. Bij de bevelsbevoegdheid is er echter geen ruimte voor een eigen APV-constructie, zeker niet als in een APV-strafbepaling enerzijds minder eisen worden gesteld aan (het bewijs van) de legitimiteit van bevel en de onderliggende bevoegdheid daartoe, maar anderzijds wel dezelfde maximale vrijheidsstraf dreigt als bij artikel 184 lid 1 Sr, nu het verschil tussen hechtenis en gevangenisstraf in de tenuitvoerlegging nihil is.